Commissie Insolventierecht

van de Nederlandse Orde van Advocaten

Advies inzake het wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod (Wet Civielrechtelijk Bestuursverbod), hierna: het Voorstel

1. Inleiding

De Commissie Insolventierecht (de "Commissie") heeft kennis genomen van het Voorstel dat op 29 maart 2013 door de Minister van Justitie is gepubliceerd. Zij maakt graag gebruik van de mogelijkheid om in het kader van de consultatieronde te reageren op het Voorstel.

Hoewel de Commissie het toejuicht dat de Minister meer werk wil maken van het bestrijden van faillissementsfraude, vraagt zij zich af of het civielrechtelijk bestuursverbod daartoe het juiste middel is en of (ook) de curator de bevoegdheid zou moeten worden gegeven dit verbod te vorderen. Gelet op het punitieve karakter van het bestuursverbod ligt het naar het oordeel van de Commissie meer op de weg van het Openbaar Ministerie om via het strafrecht aan bestuurder een dergelijk verbod op te laten leggen. Die mogelijkheid biedt art. 349 lid 2 Sr reeds uitdrukkelijk. De in de Memorie van Toelichting ("MvT") genoemde argumenten waarom een civielrechtelijk bestuursverbod een goede aanvulling is op het reeds bestaande strafrechtelijke instrumentarium, overtuigen volgens de Commissie niet.

In dit advies wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan de volgende onderwerpen:

2. Faillissementsfraude versus kennelijk onbehoorlijk bestuur
3. Civielrechtelijk bestuursverbod versus strafrechtelijk beroepsverbod
4. Het *nemo tenetur*-beginsel
5. De taak van de curator en het kostenaspect
6. Invloed door schuldeisers?
7. De rechtsbescherming van de bestuurder
8. Faillissementswet of Burgerlijk Wetboek?
9. Artikelsgewijs commentaar

2. Faillissementsfraude versus kennelijk onbehoorlijk bestuur

De eerste zin van de MvT luidt: *"Met dit wetsvoorstel wordt het mogelijk om bestuurders die zich bezig houden met faillissementsfraude langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen".* De tekst van het Voorstel sluit echter niet aan bij dit uitgangspunt. Art. 106a lid 1 bepaalt immers dat een bestuursverbod kan worden uitgesproken *"jegens de bestuurder van een rechtspersoon die zijn taak tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld".* Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en faillissementsfraude zijn twee wezenlijk verschillende, elkaar voor een belangrijk deel niet overlappende begrippen. Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is een civielrechtelijk begrip dat ontleend is aan art. 2:138 en 2:248 BW. Faillissementsfraude is een strafrechtelijk begrip (dat echter noch in het Wetboek van Strafrecht noch in het Voorstel gedefinieerd wordt). Van fraude is sprake wanneer de volgende kenmerkende elementen bewezen zijn:

- het gaat om opzettelijk handelen
- er wordt een misleidende voorstelling van zaken gegeven
- er is het oogmerk economisch voordeel te behalen
- er is een benadeelde
- er is sprake van handelen in strijd met de wet

Blijkens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld[1]. Indien een bestuurder wegens onervarenheid herhaaldelijk zeer domme fouten met schadelijke gevolgen voor de rechtspersoon maakt, is goed denkbaar dat zijn handelen kwalificeert als kennelijk onbehoorlijk bestuur: een redelijk denkend bestuurder maakt niet voortdurend dat soort fouten. Van opzet is echter geen sprake en van het oogmerk economisch voordeel te behalen evenmin. Ook het geven van een misleidende voorstelling van zaken hoeft niet aan de orde te zijn. Dit maakt duidelijk dat door het hanteren van het begrip kennelijk onbehoorlijk bestuur een aanzienlijke "overkill" optreedt: er zijn immers in de praktijk heel wat gevallen van kennelijk onbehoorlijk bestuur die niet kwalificeren als faillissementsfraude, primair omdat de opzet ontbreekt en voorts omdat veelal wel sprake is van benadeling van schuldeisers maar niet van een oogmerk van eigen bevoordeling. Als de wetgever faillissementsfraude wil bestrijden, dient een daartoe strekkend wetsvoorstel naar het oordeel van de Commissie tenminste te definiëren wat daar onder verstaan wordt en dient niet een veel ruimer begrip - kennelijk onbehoorlijk bestuur - als maatstaf voor de mogelijkheid van oplegging van een bestuursverbod gehanteerd te worden.

---

[1] Zie onder meer Hoge Raad 7 juni 1996, JOR 1996/68 (Ontvanger/Van Zoolingen)

3. Civielrechtelijk bestuursverbod versus strafrechtelijk beroepsverbod

In de MvT sub 3 wordt aandacht besteed aan het strafrechtelijk beroepsverbod van art. 349 lid 2 Sr. Er worden twee argumenten genoemd om naast dit verbod ook een civielrechtelijk bestuursverbod in te voeren: (i) het biedt de mogelijkheid om in geval van faillissement snel passende maatregelen te nemen jegens bestuurders die verwijtbaar hebben gehandeld en (ii) een civielrechtelijk bestuursverbod kan worden verzocht of gevorderd ook onafhankelijk van de vraag of misstanden rond een faillissement uiteindelijk aanleiding geven tot strafrechtelijke vervolging.
Beide argumenten overtuigen naar het oordeel van de Commissie niet.

Of bepaald bestuurshandelen kwalificeert als kennelijk onbehoorlijk bestuur is dikwijls geen eenvoudig te beantwoorden vraag. Het oordeel op dit punt hangt af van alle concrete omstandigheden van het geval. Als twee elementen bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures kenmerken, zijn dat wel (a) dat er doorgaans een tijdrovend onderzoek aan vooraf gaat en (b) dat ze vaak jaren duren. Gelet op deze elementen zal van het snel nemen van passende maatregelen doorgaans dus geen sprake (kunnen) zijn.

Het tweede argument roept de vraag op of het nu daadwerkelijk de bedoeling van het Voorstel is om ook handelen van bestuurders dat *niet* kwalificeert als faillissementsfraude, met een bestuursverbod te sanctioneren. Uit de openingszin van de MvT ("*Met dit wetsvoorstel wordt het mogelijk om bestuurders die zich bezig houden met faillissementsfraude langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen*") leidt de Commissie af dat dit niet de bedoeling is. Maar dan is het van tweeën één. *Of* er is inderdaad sprake van faillissementsfraude (een misdrijf waarbij opzet in het spel is) en dan ligt strafrechtelijke vervolging in de rede, in welk kader door het Openbaar Ministerie, indien zij dat opportuun acht, dan ook een beroepsverbod gevorderd kan worden. *Of* er is geen sprake van faillissementsfraude (maar bijvoorbeeld "slechts" van kennelijk onbehoorlijk bestuur zonder dat er sprake is van opzet), maar dan schiet de wet zijn doel voorbij als in dat geval toch een civielrechtelijk bestuursverbod gevorderd zou kunnen worden.

De Commissie concludeert dan ook dat er gelet op het doel dat met het Voorstel beoogd wordt – bestrijding van faillissementsfraude – geen goede argumenten zijn om naast de mogelijkheid van het beroepsverbod als bedoeld in art. 349 lid 2 Sr ook een civielrechtelijk bestuursverbod in te voeren. Als de Minister van mening is dat (i) de mogelijkheden die het strafrechtelijk beroepsverbod biedt thans niet ten volle worden benut of dat (ii) de mogelijkheden om een strafrechtelijk beroepsverbod te vorderen zouden moeten uitgebreid met het oog op een effectieve bestrijding van faillissementsfraude, het in de rede ligt het Openbaar Ministerie te stimuleren tot een effectiever vervolgingsbeleid respectievelijk om art. 349 lid 2 Sr aan te passen.

4. Het *nemo tenetur*-beginsel

Het bestuursverbod kan blijkens art. 106a lid 2 sub c ook worden opgelegd indien de bestuurder niet voldoet aan zijn informatieplicht op grond van de Faillissementswet. Het EHRM heeft geoordeeld dat "the right not to incriminate oneself" onder het in artikel 6 EVRM neergelegde recht op een eerlijk proces valt.[2] Dit wordt aangeduid als het nemo tenetur-beginsel. De bestuurder mag dan ook weigeren om inlichtingen aan de curator te verschaffen op het moment dat hij weet of kan verwachten dat het als bewijs tegen hem gebruikt kan worden in een eventuele strafrechtelijke procedure. Maar die toegestane weigering is niet beperkt tot een mogelijke *strafrechtelijke* procedure. Uit vaste rechtspraak van het EHRM blijkt dat het onder dwang afgeven van informatie voor niet-punitieve doeleinden, zoals het vaststellen van de oorzaken van het faillissement, toelaatbaar is mits deze informatie niet wordt toegelaten in een eventuele punitieve procedure[3]. Het civielrechtelijk bestuursverbod kan zonder twijfel worden aangemerkt als een punitieve sanctie. Het kan volgens het Wetboek van Strafrecht ook als bijkomende straf worden opgelegd en daarnaast heeft de verplichte openbaarmaking van het bestuursverbod onmiskenbaar een punitief karakter.

Er dreigt dus een vicieuze cirkel. Als er mogelijk sprake is van fraude - waarvan de bestrijding het doel is van de wet - mag het niet voldoen aan de inlichtingenplicht niet worden gesanctioneerd met een bestuursverbod, dat immers een punitief karakter heeft. Voldoet de bestuurder wel aan de inlichtingenplicht, dan mag de informatie niet worden gebruikt voor enig punitief doeleinde en dus ook niet voor het opleggen van een bestuursverbod. Het Voorstel schiet op dit punt derhalve zijn doel voorbij. Sterker nog, het Voorstel schept de mogelijkheid dat bestuurders ook aan civielrechtelijke aansprakelijkheid ontsnappen omdat zij zich succes op het nemo tenetur beginsel kunnen beroepen wanneer zij worden aangesproken op grond van onbehoorlijk bestuur.

5. De taak van de curator en het kostenaspect

Op grond van art. 68 Fw heeft de curator tot taak om de boedel te beheren en te vereffenen. Hij doet dat primair in het belang van de schuldeisers. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is echter aanvaard dat de curator ook rekening heeft te houden met zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid.[4] Vrij algemeen wordt aangenomen dat in dit licht bezien ook het doen van aangifte bij het vermoeden van een strafbaar feit *kan* behoren tot de taak van de curator. Daarbij dient te curator in het oog te houden of het maken van kosten in verband met het doen van aangifte

---

[2] EHRM 25 februari 1993, nr. 82/1991/334/407, LJN: AW2060 (Funke vs Frankrijk)

[3] EHRM 17 december 1996, LJN ZB6862 (Saunders vs UK) en EHRM 21 april 2009, nr. 19235/053 (Martinnen vs Finland)

[4] HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 inzake Sigmacon

niet te zeer op gespannen voet komt te staan met zijn rol als behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Als het gaat om een te overziene hoeveelheid werk, dan zal die afweging niet moeilijk zijn. Men kan het ook aldus uitdrukken dat de schuldeisers zullen moeten dulden dat de curator af en toe ook kosten dient te maken ter behartiging van bepaalde zwaarwegende maatschappelijke belangen en dat zij daardoor dus iets minder krijgen uitgekeerd.

De werkzaamheden die het Voorstel aan de curator toedicht met het oog op het vorderen van een bestuursverbod, kunnen echter zeer tijdrovend - en dus ook kostbaar - zijn. Zoals hiervoor reeds uiteengezet vergt het bijbrengen van bewijs van kennelijk onbehoorlijk bestuur doorgaans veel inspanning en kan sprake zijn van een arbeidsintensieve procedure indien de bestuurder verweer voert. Niet valt in te zien waarom deze kosten ten laste van een "toevallige" groep gezamenlijke schuldeisers zouden moeten komen. Dit geldt te meer nu de schade die de betrokken bestuurder heeft veroorzaakt toch al (deels) voor hun rekening komt. Uit het faillissement hoeven de schuldeisers immers geen (volledige) uitkering op hun vorderingen te verwachten. In dit kader is nog van belang dat de curator lang niet altijd een civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen de bestuurder begint, bijvoorbeeld omdat er geen verhaalsbestanddelen van de bestuurder bekend zijn (hetgeen bij frauderende bestuurders eerder regel dan uitzondering is). Bij het ontbreken van kenbare verhaalsbestanddelen zal de curator doorgaans geen machtiging van de rechter-commissaris krijgen om rechtsmaatregelen tegen de bestuurder te treffen omdat de kosten daarvan niet opwegen tegen de verwachte baten. Dient de curator dan niettemin wel een bestuursverbod te vorderen? De Commissie meent dat dat slechts van de curator gevergd kan worden indien de daaraan verbonden kosten van overheidswege vergoed worden. Een regeling met het oog op een kostenvergoeding ontbreekt echter in het Voorstel, terwijl de Garantstellingsregeling Curatoren evenmin soelaas biedt. Een garantstelling onder die regeling wordt immers niet verstrekt indien het gevraagde bedrag in geen verhouding staat tot het redelijkerwijs te verwachten bedrag dat door de inspanningen van de curator verhaald kan worden. Het vorderen van een bestuursverbod is niet gericht op enig verhaal zodat de Garanstellingsregeling in haar huidige vorm niet van toepassing is op een dergelijke vordering.

De Commissie voorziet dat als een adequate regeling met het oog op de vergoeding van de met het vorderen van een bestuursverbod verbonden kosten niet wordt ingevoerd, de curator het slechts bij hoge uitzondering verantwoord zal achten om niettemin (aanzienlijke) kosten ten laste van de boedel te maken met het oog op het vorderen van een bestuursverbod. Het Voorstel biedt geen eigen referentiekader voor de curator om een verantwoorde afweging te maken, zodat de curator naar verwachting snel geneigd zal zijn om in het kader van zijn afweging zijn primaire taak - beheer en vereffening van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers - het zwaarst te laten wegen.

6. Invloed door schuldeisers?

In de MvT sub 2 wordt onder meer gesteld:

"Omdat de curator optreedt namens de gezamenlijke schuldeisers, ligt het voor de hand dat de curator een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod in overleg met de schuldeisers instelt. (...) Ziet de curator af van een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod, dan kunnen de schuldeisers zich op de voet van art. 69 Fw tot de rechter-commissaris wenden."

Naar het oordeel van de Commissie hinkt de MvT hier op twee niet met elkaar verenigbare gedachten. Als de curator een bestuursverbod vordert treedt hij juist *niet* op als behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (en al helemaal niet *namens* de gezamenlijke schuldeisers). Hij vordert dat bestuursverbod dan op grond van de wet in het algemeen belang. Het doel van de vordering is om *toekomstige* faillissementsfraude tegen te gaan en er is geen reden om een toevallige groep schuldeisers – die al getroffen *zijn* en wier schade niet meer geheeld kan worden indien het verbod wordt uitgesproken – hier invloed op te laten uitoefenen. Bovendien is de verwachting van de Commissie tegengesteld aan de verwachting die spreekt uit de MvT: schuldeisers zullen een procedure "op hun kosten" die de curator bovendien alleen maar afleidt van de behartiging van hun belangen, vermoedelijk eerder proberen tegen te houden dan te stimuleren door een verzoek op de voet van art. 69 Fw.

7. De rechtsbescherming van de bestuurder

De rechtsbescherming van de bestuurder is in het Voorstel gebrekkig.
Een bestuursverbod kan reeds worden gevorderd op basis van enkele stellingen van een curator, al dan niet voorafgegaan door een buitengerechtelijke vernietiging van een rechtshandeling. Daarbij komt dat een reëel risico is dat de vordering door de curator wordt ingesteld om extra druk op de bestuurder uit te oefenen tegen de achtergrond van een geschil tussen curator en bestuurder over verwijten die de curator aan het adres van bestuurder maakt, of wanneer in geschil is of een bestuurder verplicht is door de curator verschafte inlichtingen te verstrekken. Evenzeer is denkbaar dat een curator zijn bevoegdheid om een bestuursverbod te vorderen zal gebruiken als middel om van de bestuurder medewerking c.q. een schikking af te dwingen. De bestuurder kan in dat geval met hoge kosten van verweer geconfronteerd worden, die hij als het verbod wordt afgewezen hoogstens voor een gering deel vergoed zal krijgen.

Voorts verdient vermelding dat hoewel de MvT op pagina 8 stelt dat het gaat om een verbod gericht tegen individuele bestuurders, het wetsvoorstel uitgaat van een toets van het gedrag van het bestuur *als college*. Het is dan aan de bestuurder om zich te disculperen. Uit art. 106a lid 4 vloeit voort dat het in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur van het college, aan de individuele bestuurder is om te bewijzen dat dat

handelen niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Deze omkering van de bewijslast is denkbaar in gevallen van civiele aansprakelijkheid in de afweging tussen de economische risico's van betrokken partijen, maar is naar het oordeel van de Commissie niet aanvaardbaar wanneer wordt gevorderd dat een individu zijn vrijheden worden ontnomen of beperkt.

8. Faillissementswet of Burgerlijk Wetboek?

Naar het oordeel van de Commissie past de beoogde regeling in haar huidige vorm beter in Boek 2 van het BW dan in de Faillissementswet.

De regeling knoopt in overwegende mate aan bij artikel 2:138/248 BW over de aansprakelijkheid van bestuurders in faillissement. Ook wetsystematisch pleit veel ervoor om de regeling van het civielrechtelijke bestuursverbod in Boek 2 BW op te nemen. Indien het faillissement dat tot het opleggen van het bestuursverbod aanleiding was, is geëindigd, kunnen zich nog steeds redenen voordoen die een wijziging van de getroffen maatregel noodzakelijk en/of gewenst maken.
Voorts strookt het feit dat de curator ter verkrijging van een bestuursverbod een vordering dient in te stellen en dus een dagvaardingsprocedure aanhangig dient te maken, niet met het systeem van de Faillissementswet, dat in voorkomend geval geënt is op de verzoekschriftprocedure.

8. Artikelsgewijs commentaar

Het belangrijkste commentaar op het Voorstel is hiervoor reeds gegeven. De Commissie houdt het artikelsgewijs commentaar dan ook kort.

Artikel 106a lid 2 onder a

Nu de Minister meent dat kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:138/248 lid 1 BW, met weglating van het element "*aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement*", een grondslag zou moet vormen voor de curator om een bestuursverbod te vorderen, bestaat er geen noemenswaardig verschil meer met de normstelling van artikel 2:9 BW. Het is in dat kader onlogisch dat een bestuurder die buiten faillissement een rechtspersoon onbehoorlijk heeft bestuurd in de zin van artikel 2:9 BW geen bestuursverbod opgelegd kan krijgen en een bestuurder in faillissement wel. In beide gevallen is immers dezelfde norm overtreden. Daar bestaat meent de Commissie geen rechtvaardiging voor, vandaar dat zij ervoor pleit de koppeling met het element "*aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement*" uit artikel 2:138/248 lid 1 BW niet los te laten (zie p. 8 MvT bij het Voorstel). Dit geldt temeer omdat het Voorstel is gericht op voorkoming van faillissementsfraude en niet gericht is op voorkomen van

onbehoorlijk bestuur *an sich*.

Artikel 106a lid 2 onder b

Het artikel vermeldt niet door wie de genoemde rechtshandelingen moeten zijn verricht. Aldus zou ook een bestuursverbod kunnen worden gevorderd aan een bestuurder indien (slechts) zijn mede-bestuurder namens de rechtspersoon betrokken is bij een paulianeuze rechtshandeling. Dat acht de Commissie onwenselijk. Het zou uitsluitend moeten gaan om door de desbetreffende bestuurder zelf (namens de rechtspersoon) verrichte c.q. gefaciliteerde rechtshandelingen.

De Commissie merkt op dat artikel 46 Fw is vervallen.

Bij alle gedragingen die op grond van artikel 42 tot en met 45 Fw leiden tot vernietiging van de betreffende (rechts)handeling geldt reeds als premisse dat schuldeisers daardoor moeten zijn benadeeld, anders slaagt het beroep op deze artikelen niet. Het is dan naar het oordeel van de Commissie ongerijmd om aan artikel 106 lid 2 onder b toe te voegen dat een rechter een bestuursverbod enkel kan opleggen indien één of meer schuldeisers hierdoor *aanmerkelijk* zijn benadeeld. De rechter heeft reeds een discretionaire bevoegdheid om een bestuursverbod op te leggen, omdat artikel 106a lid 1 is geformuleerd als "kan-bepaling". De rechter kan in dat kader dus zelf afwegen of de mate van benadeling een bestuursverbod rechtvaardigt. Als de curator bewijst dat schuldeisers zijn benadeeld, zou dat naar het oordeel van de Commissie voldoende moeten zijn; als hij dient te bewijzen dat sprake is van *aanmerkelijke* benadeling leidt dat – bij de beoordeling of daarvan sprake is – tot afbakeningsvragen voor de beantwoording waarvan het Voorstel geen referentiekader biedt.

Blijkens de MvT is een verwijzing naar 47 Fw uitdrukkelijk weggelaten. Dat roept vragen op. Moet niet ook de bestuurder die, in de wetenschap dat het faillissement is aangevraagd, selectief of samenspannend, nog gauw allerlei crediteuren gaat betalen, worden aangepakt? In de MvT wordt uitdrukkelijk vermeld dat als onbehoorlijk wordt beschouwd het handelen van een bestuurder die bepaalde crediteuren (selectief) onbetaald laat. A fortiori heeft dat dus ook te gelden voor de bestuurder die desbewust selectief *wel* betaalt.

Artikel 106a lid 2 onder c

Hiervoor werd betoogd dat het, gelet op de discretionaire bevoegdheid van de rechter, de voorkeur verdient om het woord "aanmerkelijk" te schrappen in lid 2 onder b. Hetzelfde geldt m.m. voor de woorden "in ernstige mate" in lid 2 onder c.

Artikel 106a lid 2 onder d

De toelichting bij dit artikel spoort niet met de hiervoor reeds besproken keuze in het Voorstel om de voorwaarde dat aannemelijk is dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement niet op te nemen. In de MvT wordt immers opgemerkt dat de bestuurder de gelegenheid krijgt om te bewijzen dat de eerdere faillissementen niet aan hem te wijten zijn om zich aldus te kunnen disculperen. Qua wetssystematiek zou het logischer zijn om dit element dus wel als een voorwaarde op te nemen om met succes het opleggen van een bestuursverbod te kunnen vorderen.

Bovendien werkt dit artikel volgens de Commissie in de hand dat een curator van een rechtspersoon die niet onbehoorlijk is bestuurd in de zin van artikel 2:138/248 BW, de twee eerdere faillissementen aangrijpt om een bestuursverbod te vorderen. De Commissie meent dat een curator enkel een bestuursverbod zou moeten kunnen vorderen indien de failliete vennootschap waarvan hij tot curator is benoemd onbehoorlijk is bestuurd. Indien daar sprake van is, komt de curator een beroep op artikel 106 lid 2 onder a toe. Dit maakt artikel 106 lid 2 onder d overbodig.

Artikel 106b

Een bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd, kan nog steeds een rechtspersoon oprichten en een stroman als bestuurder benoemen. Het Voorstel biedt daartoe de ruimte. Deze stroman zou de bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd nog steeds kunnen inschrijven als procuratiehouder. Artikel 106b noch de Handelsregisterwet geeft de Kamer van Koophandel de bevoegdheid om een dergelijke inschrijving te weigeren. Evenmin kan een notaris weigeren een rechtspersoon op te richten voor degene aan wie een bestuursverbod is opgelegd (zie expliciet in de toelichting bij artikel 106d dat de bestuurder nog wel aandeelhouder kan zijn). Dit heeft tot gevolg dat het bestuursverbod betrekkelijk eenvoudig kan worden omzeild.

Gelet op de toelichting op artikel 106b kan aan een bestuurder reeds bij uitvoerbaar bij voorraad vonnis of in kort geding een bestuursverbod worden opgelegd. De Commissie acht dit onwenselijk. Aangezien in Nederland procedures op grond van (bijvoorbeeld) artikel 2:138/248 BW een lange periode beslaan, zou het bestuursverbod feitelijk voor een langere periode dan vijf jaar kunnen gelden.

Daarnaast verdient opmerking dat in het Voorstel aan een bestuurder in een uitvoerbaar verklaard vonnis een bestuursverbod worden opgelegd, terwijl in een in kracht van gewijsde gegane uitspraak dit verbod weer kan worden opgeheven. Aangezien de bestuurder als gevolg van het uitvoerbaar verklaarde vonnis bij alle rechtspersonen waarbij hij betrokken was is uitgeschreven als bestuurder, zal dat veelal ook leiden tot zijn ontslag als werknemer (of zal dit anders tot gevolg hebben dat zijn inkomsten worden stopgezet). Dat leidt tot mogelijk zeer aanzienlijke schade

aan de zijde van de bestuurder die hij niet kan verhalen op de overheid, tenzij er evidente fouten zijn gemaakt door rechterlijke macht. Mogelijk leidt dit ook tot gerechtelijke stappen tegen de curator. De Commissie acht dit onwenselijk. Dezelfde situatie kan zich voordoen indien in kort geding een bestuurder een dergelijk verbod wordt opgelegd. Gelet op de verstrekkende gevolgen van het bestuursverbod voor de bestuurder meent de Commissie dat het bestuursverbod pas zou moeten aanvangen nadat de betreffende rechterlijke uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Bovendien leent volgens de Commissie een kort geding zich naar zijn aard niet om een dergelijke verstrekkende maatregel op te leggen.

Artikel 106c

Het is momenteel niet mogelijk om op een efficiënte manier op namen van bestuurders en commissarissen te rechercheren in het Handelsregister. Het Openbaar Ministerie en de curator staan dus - als lid 1 van het artikel gehandhaafd blijft - voor een dikwijls niet te vervullen opgave om uittreksels uit het register over te leggen van de overige rechtspersonen waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is.

Het begrip "zienswijze" als bedoeld in lid 2 is afkomstig uit het bestuursrecht en past niet bij de dagvaardingsprocedure (indien het de curator is die de vordering instelt). Gelet op de verstrekkende gevolgen die een bestuursverbod kan hebben voor de betrokken rechtspersonen, zouden deze volwaardig partij in de procedure moeten (kunnen) zijn. Zij dienen naar het oordeel van de Commissie de mogelijkheid te hebben zich te voegen dan wel om tussen te komen in de procedure.

Artikel 106d

Geen opmerkingen.

's Gravenhage, 30 mei 2013